

第 1 問

基礎応用 52 頁 [判例 1]、
論証集 27 頁 [判例 1]、マ
クリーン事件参考

(事案)

出入国管理及び難民認定法(以下「入管法」という。)によれば、日本に上陸を許された外国人は、その在留期間が経過した場合には当然に日本から退去しなければならないが、申請をして在留期間の更新を許可された場合には、更新された在留期間の間、さらに日本に在留することができる(同法第 21 条第 1 項、第 2 項)。

アメリカ国籍の X は、入管法に基づき在留期間を 1 年間とする上陸許可を得て、日本に入国し、その後、在留期間中に、SNS 上で、日本の公立中学校におけるいじめ問題の対応について批判する発言を頻繁に行っており、注目を集めるに至っていた。なお、X の発言は、侮辱や名誉毀損を伴うものでもなく、社会通念上相当とされる範囲内で行われていた。

X は、法務大臣 Y に対して 1 年間の在留期間の更新を申請したところ、法務大臣 Y は、外国籍の X には日本国憲法による基本的人権の保障は及ばないとの考えを前提として、X が在留期間中に SNS において上記の発言を頻繁にしていたことも消極的事実の 1 つとして評価して、「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当な理由があるとき」には当たらないと判断し、在留更新不許可処分をした。

(設問)

本件在留更新不許可処分の憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

○ 出入国管理及び難民認定法(抜粋)

第 21 条 本邦に在留する外国人は、現に有する在留資格を変更することなく、在留期間の更新を受けることができる。

2 前項の規定により在留期間の更新を受けようとする外国人は、法務省令で定める手続により、法務大臣に対し在留期間の更新を申請しなければならない。

3 前項の規定による申請があつた場合には、法務大臣は、当該外国人が提出した文書により在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り、これを許可することができる。

4 (略)

(参考答案)

1. まず、本件在留更新不許可処分は、Xの在留権を侵害するものとして憲法22条1項に反し違憲ではないか。

憲法22条1項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する規定にとどまり、外国人の入国について何ら規定していない。これは、国際慣習法上、外国人の入国を受け入れるか否かが当該国家の自由裁量に委ねられているという見解と同じ考えによるものである。そこで、外国人には入国の自由は保障されていないと解する。そうである以上、在留権も保障されていないと解する。

したがって、本件在留更新不許可処分は、Xの在留権を侵害するものとして憲法22条1項に反するとはいえない。

2. 次に、本件在留更新不許可処分は、Xの「表現の自由」を侵害するものとして憲法21条1項に反し違憲ではないか。

- (1) SNS上で日本の公立中学校におけるいじめ問題の対応について批判する発言をすることは、自己の思想・意見を表明するものであるから、「表現の自由」として憲法21条1項により保障される。

- (2) 人権の前国家性(憲法11条、97条)と国際協調主義(前文3段、98条2項)に鑑み、憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、日本に在留する外国人に対しても等しく及ぶと解する。

Xの「表現の自由」は、政治活動を伴うものではないため、外国人には参政権(憲法15条1項等)が保障されないと解されていることと矛盾するものでもないから、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものとはいえず、日外国人であるXにも保障される。

- (3) 本件在留更新不許可処分は、過去に行われたXの表現行為を理由とするものにすぎないから、Xの「表現の自由」を直接制約するものではない。

もっとも、表現行為を理由とする不利益取扱いは表現行為に対する萎縮効果を有するから、「表現の自由」では特に萎縮効果除去の要請が強いことに鑑み、表現行為を理由とする不利益取扱いは「表現の自由」に対する間接的制約に当たると解する。

したがって、Xの表現行為を理由とする本件在留更新不許可処分は、Xの「表現の自由」に対する間接的制約に当たる。

- (4) では、本件在留更新不許可処分は「表現の自由」に対する制約として正当化されるか。

ア. 確かに、外国人には入国の自由も在留権も認められないこ

基礎応用 52 頁 [判例 1]、
論証集 27 頁 [判例 1]

基礎応用 52 頁 [論点 1]、
論証集 27 頁 [論点 1]

基礎応用 178 頁 [論点 1]、
論証集 77 頁 [論点 1]

基礎応用 52 頁 [判例 1]、

とと、入管法 23 条 3 項が在留期間の更新事由について概括的に定めていることから、在留期間の更新許可の判断には法務大臣に広汎な行政裁量を認められ、その結果、外国人に対する憲法上の基本的人権の保障は外国人在留制度の枠内で与えられているにすぎず、在留期間中の基本的人権の行使を在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌されないことまでは保障されていないと解する余地もある（マククリーン事件判決参照）。

イ. しかし、このように考えると、外国人は、在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌されることを恐れて、憲法上の基本的人権の行使をためらうことなるから、基本的人権の行使について萎縮効果が生じる。

このことに、「表現の自由」については特に萎縮効果除去の要請が強いことも考慮すれば、当該表現行為が在留資格と矛盾したり、日本社会に悪影響を及ぼす恐れのあるものではない限り、在留期間中における「表現の自由」の行使を在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌することは許されないと解すべきである。

X の表現行為は、SNS 上で日本の公立中学校におけるいじめ問題の対応について批判するものであり、侮辱や名誉毀損を伴うものでもなく、社会通念上相当とされる範囲内で行われていた。そうすると、その内容と態様のいずれにおいても、X の在留資格と矛盾するものでもないし、日本社会に悪影響を及ぼす恐れのあるものでもない。

そうすると、X の表現行為を在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌することは許されない。

にもかかわらず、法務大臣 Y は、X が在留期間中に SNS において上記の発言を頻繁にしていたことも消極的事実の 1 つとして評価して「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当な理由があるとき」には当たらないと判断し、在留更新不許可処分をしたのだから、本件在留更新不許可処分は X の「表現の自由」を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に反し違憲である。以上

第 2 問

(事案)

国家公務員法及び同法の委任を受けた人事院規則は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することを目的として、「職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らの方法を以てするを問わず、これらの行為に関与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない。」と定めることにより公務員の「政治的行為」禁止した上で、その違反について罰則を定めている（国家公務員法第102条第1項、第110条第1項、人事院規則14-7）。

法務局会計課で勤務しているX（役職なし）は、休日に、公務員であることを明らかにすることなく、A政党を応援する集会（以下「本件集会」という）に参加した。なお、Xは本件集会の中心人物ではなく、一般の参加者と同様の態様で参加したに過ぎない。

後日、Xは、本件集会に参加したことが「政治的活動」に当たるとして、国家公務員法違反で逮捕された後に正式起訴された。

(設問)

本問における憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

なお、明確性の原則については、論じなくてよい。

基礎応用 62 頁 [判例 2]、
論証集 32 頁 [判例 2]、堀
越事件参考

(参考答案)

1. 国家公務員法 102 条 1 項・同法 110 条 1 項・人事院規則 14 条 - 7 (以下、これらを「本件各規定」ということがある。)は、公務員の政治活動の自由を侵害するものとして、憲法 21 条 1 項に反し違憲ではないか。

(1) 「表現の自由」(憲法 21 条 1 項)は、思想・意見を表明する自由である。政治活動の自由は、政治的な思想・意見の表明を伴うものであるから、「表現の自由」として憲法 21 条 1 項により保障される。

(2) 本件各規定は、公務員の「政治的行為」を罰則をもって禁止することで、公務員の政治活動の自由を制約している。

(3) 他方で、公務員の政治活動の自由も、「すべて公務員は、全体の奉仕者である」とする憲法 15 条 2 項を根拠として、合理的で必要やむをえない程度の制約に服する。

ア. 猿払事件判決は、公務員の政治活動の自由を禁止する規定の憲法 21 条 1 項適合性について、合理的関連性の基準により審査している。

確かに、本件各規定は、政治的意見の表明そのものの制約を狙いとしているのではなく、単に政治的行為の禁止に伴う限度で間接的・付随的に政治的意見の表明を制約しているにとどまるという見方もできる。

しかし、政治活動の自由は、国民が言論活動により政治的意思決定に関与するという自己統治の価値との結び付きが強いから、立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的な人権であり、民主主義社会を基礎付ける重要な権利である。

そうである以上、間接的・付随的な制約であることを重視して合理的関連性の基準まで厳格度を下げるべきではない。

さらに、本件各規定は、政治活動という活動内容に着目した規制であるため、国家が自己に都合の悪い表現を抑圧するために濫用される危険が高い。

そこで、本件各規定の合憲性は、①立法目的が重要であり、かつ、②手段が立法目的との間で実質的関連性を有するかで審査されるべきである。

イ. 本件各規定の目的は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持するという点にある。

憲法 15 条 2 項は、「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。」と定めており、国民の信託に基づく国政の運営のために行われる公務は、国民の一部でなく、その全体の利益のために行われるべきものであることが

要請されている。その中で、国の行政機関における公務は、憲法の定める我が国の統治機構の仕組みの下で、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策を忠実に遂行するため、国民全体に対する奉仕を旨として、政治的に中立に運営されるべきものといえる。そして、このような行政の中立的運営が確保されるためには、公務員が、政治的に公正かつ中立的な立場に立って職務の遂行に当たることが必要となるものである。そうすると、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することは、公務員の政治的行為の自由を制約するにふさわしい、憲法の要請に適う国民全体の重要な目的であるといえる（①）。

ウ．公務員の政治活動には、公務員の政治的中立性を阻害するものもあるから、これを罰則付きで禁止することで心理的に抑制することは、前記目的を達成する手段として有効であるといえる。

他方で、政治活動を全面的に禁止しているという点で、手段の必要性を欠くのではないか。

しかし、法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的、規制される政治活動の自由の重要性、さらには、同条項が刑罰法規の構成要件であることを考慮すれば、同条項が禁止する「政治的行為」は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれがある、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものに限定されると解すべきである。そうすると、禁止される「政治的行為」は、立法目的を阻害する現実的なおそれがあるものに限定されることになるから、規制対象という点で手段の必要性が否定されるとはいえない。

さらに、禁止の方法として、服務規律違反を理由とする懲戒処分にとどまらず、刑罰まで設けている点で、手段の必要性を欠くとも思える。しかし、刑罰を定める法 110 条 1 項は、国民全体の上記利益を損なう影響の重大性等に鑑みて禁止行為の内容・態様等が懲戒処分等では対応しきれない場合に初めて刑罰を科すという趣旨であると解される。そうすると、刑罰が設けられている点で手段の必要性が否定されるともいえない。

したがって、本件各規定には実質的関連性も認められる（②）から、本件各規定は憲法 21 条 1 項に反せず合憲である。

2．本件各規定自体が合憲であっても、これを X に適用する限りで違憲であるとして、本件各規定を X に適用して処罰することが憲

法 21 条 1 項違反として違憲とならないか。

X は、法務局会計課で勤務している役職なしの公務員であるから、管理職的地位がなく、その職務の内容や権限に裁量の余地がない。

しかも、X による本件集会の参加は、勤務時間外である休日に、公務員であることを明らかにすることなく行われたのだから、公務員による行為と認識し得る態様で行われたものでもない。

このことに、X が本件集会に一般の参加者と同様の態様で参加したに過ぎないことも考慮すれば、X による本件集会の参加は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものとはいえない。

したがって、X による本件集会の参加は、本件各規定で禁止される「政治的行為」に当たらない。

にもかかわらず、本件各規定を X に適用して処罰することは、X の「表現の自由」を侵害するものとして憲法 21 条 1 項に反し違憲である。

以上

第 3 問

(事案)

大学 4 年生の X は、株式会社 Y (以下「Y 社」という。) の入社試験における面接の際、Y 社の面接担当者から、大学在学中における学生運動の有無及びその内容について質問されたため、事実通り、憲法 9 条改正に反対するデモ行進に数回参加したことがあると説明した。

Y 社は、憲法 9 条改正を主張する自民党を支持しており、自民党に政治献金をしていたことから、憲法 9 条改正に反対する思想の持ち主であることを理由として、X の採用を拒否した。

X は、Y 社が X の採用を拒否したことと、面接の際に学生運動の経験について質問したことには、いずれも憲法上問題があるとして、Y 社に対して不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起しようと考えている。

(設問)

本問における憲法上の問題点について、あなた自身の見解を述べなさい。

基礎応用 74 頁以下、論証
集 38 頁以下、三菱樹脂事
件参考

(参考答案)

1. まず、X は、不法行為責任（民法 709 条）における権利侵害の要件を基礎づけるために、① Y 社が X が憲法 9 条改正に反対するデモ行進に数回参加したことを理由として X の採用を拒否したことと、② Y 社が面接の際に X に対して学生運動の経験について質問したことは、いずれも X の「思想及び良心の自由」を侵害するものとして憲法 19 条に反し違憲であると主張することが考えられる。

(1) 「思想及び良心の自由」における「侵してはならない」とは、第一に、㉞ 思想及び良心はそれが内心の領域にとどまる限り絶対的に自由であることを意味し、そのことの一環として、内心の思想及び良心を理由とする不利益取扱いの絶対禁止が導かれる。また、第二に、㉟ 内心の思想及び良心を告白することを強制されないという沈黙の自由も保障されており、直接のみならず間接的に内心の思想及び良心を尋ねることも絶対的に禁止される。

基礎応用 117 頁・3、論証集 58 頁・3

①の採用拒否は、X が憲法 9 条改正に反対する「思想」を有していることを理由とするものだから、㉞の意味での「思想及び良心の自由」に反する。②の質問は、X の思想を推知し得る学生運動の経験について質問するものだから、間接的に X の内心の思想を尋ねるものとして、㉟沈黙の自由という意味での「思想及び良心の自由」に反する。

(2) 私人間にも憲法の人権規定が直接適用されるなら、①の採用拒否と②の質問は X の「思想及び良心の自由」を侵害するものとして憲法 19 条に反し違憲となる。

基礎応用 74 頁 [論点 1]、論証集 38 頁 [論点 1]

しかし、憲法の人権規定は対国家的なものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない。これは、私人間に事実上の支配関係がある場合でも同じである。

そこで、憲法の人権規定をそのまま私人相互間の関係に適用しないし類推適用することはできず、そのことは私人間に事実上の支配関係がある場合でも同じであると解すべきである。

私人間における人権侵害については、私法の一般条項（民法 1 条、90 条、不法行為に関する諸規定等）を憲法の趣旨（精神）を取り込んで解釈・適用することで、対処すべきである（間接適用説）。

したがって、私人である Y 社と X との間には憲法 19 条は直接適用されないから、①の採用拒否と②の質問が憲法 19 条違反として違憲であるとはいえない。

2. そこで次に、X は、間接適用説を前提として、憲法 19 条の趣旨に照らすと、①の採用拒否と②の質問は権利侵害の要件を満た

基礎応用 75 頁 [判例 1]、論証集 38 頁 [判例 1]

すと主張する。

- (1) 権利侵害の成否を判断する際には、もう一方の私人である Y 社側の権利にも配慮することにより、X と Y 社双方の権利の調整を試みる必要がある。

憲法 22 条・29 条等により、広く経済活動の自由が基本的人権として保障される。そのため、企業者には、憲法 22 条・29 条等により、経済活動の自由の一環として、自己の営業のためにいかなる者をいかなる条件で雇い入れるかを自由に決定する権利という意味での雇い入れの自由が保障される。

そうすると、企業者が特定の思想・信条を理由として雇い入れを拒むことは当然に違法となるものではない。また、そうである以上、企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想・信条を調査し、そのためにその者からこれに関連する事項についての申告を求めることも違法ではない。

- (2) ①の採用拒否は、X の思想を理由とするものであるが、これは雇い入れの自由の範疇に属するものだから、違法ではない。

②の質問は、Y 社が憲法 9 条改正を主張する自民党を支持しており、自民党に政治献金までしている会社であったことから、Y 社の政治的な思想ないし方針に反する者の入社を拒むために、X の思想を調査する目的で行われたものである。このことに、②の質問が X に思想そのものを直接に尋ねるのではなく、X の思想を推知し得る学生運動について尋ねるという間接的な態様にとどまることも考慮すれば、②の質問も違法であるとはいえない。

したがって、①の採用拒否と②の質問は、いずれも X の思想及び良心の自由を侵害するとして権利侵害の要件を満たすとはいえない。

よって、不法行為に基づく損害賠償請求は認められない。

以上

